

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS MODALIDADES NÃO CONTRATUAIS DE PARCERIAS: UM RISCO PARA O PRINCÍPIO LICITATÓRIO?

José Carlos Vasconcellos dos Reis*

Sumário: Introdução. 1. Administração Pública e Parcerias: Modalidades Contratuais e não Contratuais. 2. O Princípio Licitatório e seu Conteúdo Jurídico-Normativo: *Princípio Licitatório sem Licitação?* 3. A Incidência do Princípio Licitatório nas Modalidades não Contratuais de Parcerias da Administração Pública. Conclusão.

“Para a mensuração de um instituto de Direito, é preciso que a lógica (econômica) de resultados não seja afastada ou anulada pela lógica (ética) dos princípios. Fundamental, pois, a busca da harmonização entre resultados econômicos e princípios jurídicos.”

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO¹

Introdução

Esta breve exposição tratará das peculiaridades das formas não contratuais de parcerias na Administração Pública, especialmente quanto à aplicabilidade do princípio licitatório. Faz-se uma reflexão sobre as situações nas quais serão legítimas as mitigações ao procedimento licitatório nesta seara, analisando-se os seus limites e possibilidades, à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade, eficiência, moralidade e impessoalidade.

Na lúcida análise de Carlos Ari Sunfeld, “um áspero debate sobre a administração pública tem sido travado nos meios jurídicos brasileiros”, e “todos parecem concordar em apenas um ponto: o de que a relação da administração pública com o Direito precisa mudar”. Nessa linha, o emérito publicista identifica dois grandes problemas da gestão pública brasileira em que o quadro normativo tem um papel crucial:

* Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito Cândido Mendes, do Ibmecc-RJ (licenciado) e da EMERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e Controle de Eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição Especial em Homenagem à Memória do Procurador Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: PGE-RJ, 2012, p. 323.

“O primeiro é que nosso sistema jurídico ficou muito fechado, não oferecendo modelos para a organização interna da administração pública que tenham diversidade e flexibilidade suficiente para atender às necessidades de um Estado tão complexo como o brasileiro. O segundo problema é a falta de clareza jurídica quanto a várias definições e distinções fundamentais para o sistema funcionar bem.”²

O fato é que inúmeros institutos básicos do Direito Administrativo acabaram assumindo uma dimensão verdadeiramente *mítica*, com o caráter de dogmas absolutos e inquestionáveis, que, todavia, muitas vezes se mostram incompatíveis com a própria realidade dos fatos. Com efeito, para a complexidade da Administração Pública contemporânea, ante as múltiplas exigências de sociedades cada vez mais heterogêneas, essas “verdades prontas” do Direito Administrativo são, no mais das vezes, insuficientes³.

A licitação é um desses “mitos”, uma dessas “quimeras”, um desses institutos “sagrados” do Direito Administrativo. Todavia, apesar de frequentemente entendida (até pela sociedade) como algo “bom” em si mesmo, há diversas situações do mundo real nas quais a realização do procedimento licitatório não será *possível* ou, pelo menos, não conduzirá a *resultados* satisfatórios do ponto de vista do próprio *interesse público*.

O desafio que se procurará vencer nas linhas que se seguem é estudar a forma de incidência do princípio licitatório quando se está diante não da celebração de *contratos* administrativos, mas sim de pactos de natureza *não contratual* nos quais figura a Administração Pública.

Com esse desiderato, inicia-se o trabalho com um esclarecimento do próprio conceito dessas modalidades *não contratuais* de parcerias pactuadas pela Administração – e reunidas sob a denominação genérica e abrangente de *atos administrativos complexos* – procurando-se fixar as características que as afastam dos *contratos* propriamente ditos.

A seguir, busca-se estrear o *princípio licitatório* da própria *licitação* em si. Esse passo do estudo é da maior relevância para demonstrar que a efetividade do princípio licitatório não depende exclusivamente da realização do procedimento de licitação.

Por fim, analisam-se os limites e possibilidades de mitigações ao procedimento licitatório quando se trata dos atos administrativos complexos, cuja própria natureza se mostra incompatível com a licitação em sua feição tradicional.

² SUNDFELD, Carlos Ari. Um Novo Direito para a Gestão Pública? In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição Especial em Homenagem à Memória do Procurador Marcos Juruena Villela Souto, Rio de Janeiro: PGE-RJ, 2012, p. 85.

³ REIS, José Carlos Vasconcelos dos. As Modulações no Direito Administrativo. In: FREITAS, Daniela Bandeira de, VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 272.

No caminho percorrido, procura-se sempre ter uma visão *instrumental, dinâmica e funcionalizada* das instituições do Direito Administrativo, à luz de seus alicerces constitucionais e atentando-se para os *resultados* da atuação da Administração Pública, despindo a matéria do caráter *dogmático* e *estático* que, durante muito tempo, marcou o seu estudo.

1. Administração Pública e Parcerias: Modalidades Contratuais e Não Contratuais

Já há algum tempo a doutrina mais moderna do Direito Administrativo no Brasil tem-se deixado impregnar pela tendência de privilegiar a *consensualidade* sobre a *imperatividade* e a *coerção*. Fala-se na *contratualização administrativa* como “forma de expressão da Administração Consensual”, consistente na “substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca”⁴.

Conforme bem colocado na síntese de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em trabalho de referência sobre o tema, no processo de formação das civilizações “o dinamismo do poder comporta dois tipos de relações cratológicas: a cooperação e o antagonismo”⁵.

Com efeito, muito embora a ideia de *conflito* e de *antagonismo* esteja visceralmente ligada, até mesmo em nosso inconsciente coletivo, à imagem que tradicionalmente se tem do exercício do poder ao longo da história da humanidade, na verdade é a *cooperação* o tipo de relacionamento que possibilita o melhor atingimento dos fins públicos.

A construção teórica e doutrinária do princípio da consensualidade parte da constatação de que, embora a *imperatividade* seja a grande nota característica da atuação do Estado — que detém o monopólio do poder coercitivo —, os avanços obtidos nas relações sociais com a ampliação do acesso à informação e o amadurecimento da prática democrática têm levado a um incremento da atuação *consensual* do Poder Público. Além dos *pactos* públicos já tradicionais, multiplicam-se novas modalidades de *relações negociadas* em que se privilegia o *consenso* para atingir os interesses públicos específicos postos a cargo do Estado⁶.

É nesse contexto *doutrinário* — e mesmo *normativo* — que vem crescendo cada vez mais em importância, no Direito Administrativo contemporâneo, a multifacetada figura das *parcerias*, que podem assumir as mais variadas formas. Em todas elas, há o traço comum da presença da *consensualidade*, bem como a necessidade de a parceria

⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: Novas Fronteiras do Direito Administrativo. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição Especial em Homenagem à Memória do Procurador Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: PGE-RJ, 2012, p. 117.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa: Gestão Pública e Parcerias. In: *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 316.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 108.

calcar-se “na confiança mútua que deve reinar entre os parceiros e na segurança acerca da estabilidade das interpretações”⁷.

O consenso pode ser instrumentalizado não apenas pela via *contratual*, mas também pela via do acordo *não contratual* (cujas duas modalidades mais familiares são o *convênio* e o *consórcio*). A distinção que se vem tornando recorrente, em sede doutrinária, entre as duas modalidades, toma por critério o sentido em que estão orientadas as vontades pactuadas: enquanto as prestações *contratuais* são *recíprocas* (comutatividade), voltada cada uma delas ao atendimento dos interesses distintos dos contratantes, as prestações dos acordos *não contratuais* são *integrativas*, voltadas ao atendimento de interesses comuns⁸. Em outras palavras, nos *contratos* as vontades em jogo são *sinalagmáticas* (e.g. compra vs. venda), enquanto nos pactos de natureza *não contratual* elas são convergentes, apontando na mesma direção e mesmo sentido.

O fato é que na prática do Direito Administrativo contemporâneo, dada a imensa diversidade e a magnitude dos interesses públicos cuja concretização é imposta pelo ordenamento jurídico, há uma expansão cada vez maior da figura do pacto, com a admissão de vários tipos de acordos não contratuais.

As diversas espécies de acordos não contratuais firmados pela Administração são reunidas, na sistematização do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no conceito genérico de *ato administrativo complexo*, o “concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, visando a um resultado de interesse público comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas”⁹. Essa figura do *ato administrativo complexo* é, também na conhecida sistematização do autor, um *gênero* que comporta diversas *espécies*, dentre as quais o *convênio*, o *consórcio*, o *acordo de programa*, o *contrato de gestão* (designação plurívoca de diversas subespécies), o *termo de parceria das organizações da sociedade civil de interesse público* e o *acordo substitutivo*¹⁰.

O estudo detalhado de cada uma dessas modalidades extrapolaria das finalidades mais imediatas deste trabalho, que se concentra na aplicabilidade do princípio licitatório a essas formas não contratuais de parceria na Administração. Para esse desiderato, basta que se destaque o traço característico de todas elas e que as distinga da figura do *contrato*: a conjugação de vontades *convergentes* (e não *opostas* ou *sinalagmáticas*) para alcançar-se a concretização de um interesse *comum* aos pactuantes.

⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria mediante Contratação Direta de Concessão de Serviço Público com Empresa sob Controle Estatal de Outra Entidade Federada. In: *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 226.

⁸ Confira-se, por todos, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa: Gestão Pública e Parcerias. In: *Mutações do Direito Público*, cit., p. 333-334.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 208-209 (texto ligeiramente editado).

¹⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 212-219.

A índole do instituto é bem captada pela pena de Marcos Juruena Villela Souto, ao referir-se ao conceito de *convênio* (porém definindo elementos presentes, na verdade, em todas as espécies de pactos não contratuais):

“O convênio é um instrumento largamente utilizado pelo Poder Público quando se une a outros entes, públicos ou privados, em regime de colaboração, almejando objetivos *comuns*, ainda que cada *partícipe* possua obrigações distintas de acordo com suas possibilidades, segundo partilha definida no instrumento convencional.

Há, pois, no convênio, efetiva cooperação entre os partícipes, não sendo caracterizado pela comutatividade, típica dos contratos, quando o interesse dos contratantes se revela contraposto, ou seja, cada parte tem objetivos e finalidades distintos (embora nem por isso se autorize o afastamento da noção de parceria).”¹¹

São estes elementos que certamente tornam diferenciada a aplicação do princípio licitatório nesta seara. Não é por outra razão que o art. 24 da Lei 8.666/93, em seu inc. XXIV – incluído pela Lei 9.648/98 –, estabelece que a licitação é dispensável “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”¹², assim como o inc. XXVI – incluído pela Lei 11.107/2005 – dispensa a licitação “na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação”. No mesmo sentido, o conhecido art. 116, daquele mesmo Diploma, determina que as disposições da lei aplicam-se apenas *no que couber* “aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Como se vê, a própria lei básica a respeito da matéria parte da premissa de que o princípio licitatório atuará de uma forma diferenciada, sofrendo atenuações, quando se está diante de acordos de natureza não contratual, como os convênios, fenômeno que a seguir se busca equacionar.

¹¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria para Divulgação do Desporto. In: *Direito Administrativo das Parcerias*, cit., p. 165, em que o autor invoca, neste mesmo sentido, a doutrina de Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

¹² Com razão entende Rafael Oliveira que essa norma permissiva deve estender-se não só às organizações sociais (OS), regidas pela Lei 9.648/98, mas também às organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIIP’s), regidas pela Lei 9.790/99, haja vista as características absolutamente similares dos dois tipos de entidade, a justificar o afastamento do procedimento licitatório. Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitação e Contratação no Terceiro Setor: Questões Atuais. In: FREITAS, Daniela Bandeira de, VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 212.

2. O Princípio Licitatório e seu Conteúdo Jurídico-Normativo: Princípio Licitatório sem Licitação?

Em capítulo com o sugestivo título de “licitação como regra não absoluta em matéria de concessão de serviços públicos”¹³, Marcos Juruena Villela Souto já afirmava que “a licitação não é um fim em si mesma, mas meio para o atingimento de uma determinada finalidade pública prevista em lei ou na própria Constituição”. O princípio licitatório é assim compreendido como um “princípio de natureza formal, podendo ser afastado, no caso concreto, diante de princípios de maior conteúdo valorativo, como é o caso do princípio da continuidade dos serviços públicos, da segurança jurídica e do próprio interesse público”¹⁴.

Assim é que, mesmo na seara das concessões – quando se trata, inegavelmente, de modalidade de *contrato* administrativo –, o art. 175 da Constituição de 1988, sob o prisma de uma interpretação teleológica, apesar de empregar o vocábulo “sempre”, não deve ser tomado como um “imperativo absoluto e que obriga o administrador à realização de licitação para toda e qualquer concessão”¹⁵.

Esse caráter *instrumental e teleológico* da licitação é evidenciado pelo próprio Direito Positivo, ao traçar as normas básicas do instituto. Veja-se, por exemplo, que o art. 3º da Lei 8.666/93 (na redação dada pela Lei 12.349/2010) afasta completamente a ideia de que a licitação seria uma regra “valiosa” ou “boa” em si mesma e por si só. Ao contrário, a redação do dispositivo é clara ao estatuir que a licitação *destina-se* a garantir a observância da *isonomia*, a seleção da *proposta mais vantajosa* para a Administração e a promover o *desenvolvimento nacional*. A realização de todo procedimento licitatório, portanto, não se pode reduzir a uma formalidade vazia, devendo estar a serviço de toda a *teleologia* e até mesmo da *axiologia* que alicerçam o instituto¹⁶.

Por óbvio, a realização da licitação poderá ser afastada, em certos casos, quando a mesma se mostrar *desnecessária* ou até mesmo *prejudicial* ao interesse público – casos em que a lei prevê a sua *dispensabilidade* – ou quando ela for *impossível*, ante a completa *inviabilidade de competição* entre eventuais interessados em contratar com a Administração – os casos de *inexigibilidade* de licitação.

¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria mediante Contratação Direta de Concessão de Serviço Público com Empresa sob Controle Estatal de Outra Entidade Federada. In: *Direito Administrativo das Parcerias*, cit., p. 217 e segs. No mesmo sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Das Normas de Transição nas Concessões de Serviços Públicos de Transportes Coletivos Urbanos (um Estudo de Caso). In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. IX (Direito das Concessões). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 110.

¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria mediante Contratação Direta de Concessão de Serviço Público com Empresa sob Controle Estatal de Outra Entidade Federada. In: *Direito Administrativo das Parcerias*, cit., p. 217.

¹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 217.

¹⁶ Confira-se a redação do art. 3º da Lei 8.666/93: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

É em atenção a essas hipóteses que, de longa data, a legislação prevê casos em que a licitação poderá ser *dispensada* (art. 24 da Lei 8.666/93) e situações nas quais ela será *inexigível* (art. 25 do mesmo Diploma). Estas exceções, evidentemente, não violam a determinação constitucional que consagra o princípio licitatório, pois há fundamentos de *razoabilidade*, de *lógica* e até de *eficiência administrativa* que legitimam a não-realização de licitação.

É preciso reconhecer que a efetividade do *princípio licitatório* é uma realidade mais ampla do que a *licitação* propriamente dita. E isto porque, na verdade, o princípio licitatório deverá ser observado por qualquer pacto firmado pela Administração Pública. Para o que se pretende investigar neste breve trabalho, ousa-se afirmar que o *princípio licitatório* deve estar presente até mesmo em pactos nos quais a licitação não é realizada ou, com maior razão, é realizada de forma *simplificada ou abreviada*¹⁷.

O conteúdo jurídico-normativo do princípio licitatório consiste na determinação de que todo pacto em que a Administração Pública seja parte deve ter por fundamento o atendimento dos princípios constitucionais da *impessoalidade*, da *eficiência*, da *economicidade* e da *moralidade*. É evidente que haverá situações concretas em que o melhor atendimento desses princípios e do próprio interesse público ocorrerá *independentemente da realização de licitação*, ou até mesmo *necessariamente sem a realização de licitação*.

Naturalmente, quando se está num cenário de celebração de um verdadeiro *contrato* pela Administração, o *princípio licitatório* se fará efetivo através, em regra, da *licitação* propriamente dita, cujo objetivo constitucional é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, norteada por ampla competição, publicidade e isonomia, proporcionando-se igualdade de oportunidades de acesso e de tratamento entre os particulares interessados na contratação¹⁸.

Mesmo nesta seara tipicamente *contratual*, todavia, haverá as já citadas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, devidamente autorizadas pela lei de regência. Em tais hipóteses, em que haverá uma contratação sem prévia *licitação*, nem por isso deixará de ser observado o *princípio licitatório*, naquela acepção ampla acima aludida: ele estará presente, *v.g.*, norteando a escolha do particular por critérios de absoluta *impessoalidade* e de *eficiência* no atingimento do interesse público.

É Flávio Amaral Garcia quem destaca que “o fato de a contratação ser efetivada diretamente (sem a realização de prévia licitação) não afasta a imperiosa necessidade de uma adequada formalização e observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, motivação e razoabilidade”, de modo que “a escolha do contratado não poderá ser subjetiva, mas

¹⁷ Por exemplo, a Petrobrás, estatal que desempenha atividade econômica, num âmbito de competição com outras empresas privadas do setor, não se submete à Lei nº 8.666/93, mas a um Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, estatuído pelo Decreto nº 2.745/98, do Presidente da República, fundado no art. 67 da Lei 9.478/97.

¹⁸ Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e Controle de Eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”, *cit.*, p. 323.

pautada em critérios objetivos e que devem estar formalizados e documentados no processo administrativo”¹⁹.

Mesmo sem fundamentar-se explicitamente no princípio licitatório, Marcos Juruena Villela Souto fornece interessante exemplo de sua aplicação, ao formular a ousada proposta de que o art. 50 da Lei 8.666/93 deveria ser revogado, pois, no seu entender, ele enseja a “cartelização das licitações” e pode ser lesivo à eficiência e à economicidade²⁰. O autor assim demonstra os riscos de uma aplicação literal desse artigo, e justifica sua posição no sentido de revogá-lo:

“[Q]uando se limita a contratação apenas àqueles que comparecem ao procedimento formal, ainda que a realidade de mercado seja diversa, se desvirtua o objetivo constitucional de seleção da melhor proposta no mercado (...) e não no processo. O ideal seria admitir a revogação da licitação e, até mesmo, a contratação direta, se, ao final do processo, se concluísse que o mercado oferece melhores condições que o processo entre fornecedores idôneos. Afinal, não deixaria de ser uma hipótese de inconstitucionalidade do ato por ineficiência de adjudicação. Não deixa de ser frustrada a licitação.”²¹

Nessa trilha, e à luz do ousado exemplo do grande administrativista, percebe-se que o atendimento do *princípio licitatório* transcende a mera realização da *licitação*. O *princípio licitatório* estará violado, mesmo na seara contratual propriamente dita, quando o contratado não corresponder ao máximo de *eficiência e economicidade* almejadas para o caso concreto, ainda que a *licitação* tenha sido formalmente realizada.

Se assim é no cenário dos *contratos* propriamente ditos, com muito maior razão assim haverá de ser, também, quando se está diante das *modalidades não contratuais* de parcerias firmadas pela Administração Pública, ou seja, aquelas nas quais está ausente a *contraposição* das vontades e se verifica a sua *convergência* para um objetivo comum.

3. A Incidência do Princípio Licitatório nas Modalidades não Contratuais de Parcerias da Administração Pública

Conforme destacado em trecho anterior deste trabalho, como o art. 116 da Lei 8.666/93 determina que as normas de licitação e contratos administrativos são

¹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 38-39.

²⁰ Eis a redação do dispositivo: “Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preferência da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.”

²¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e Controle de Eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”*, *cit.*, p. 332.

aplicáveis aos convênios apenas “no que couber”, e considerando a já apontada distinção entre a figura do *contrato* e a dos *atos administrativos complexos*, a regra da licitação seria afastada para esta última categoria de ajuste, “porque os partícipes aqui não buscam o lucro, não havendo competição (mas, sim, colaboração), e o valor pago pela Administração tem o objetivo apenas de cobrir os custos do particular”²².

Com efeito, como o convênio envolve uma cooperação de esforços, de livre adesão, para a consecução de objetivos comuns, isso singulariza o objeto pactuado e “torna desnecessária a licitação na eleição do parceiro privado”²³. E, em que pese à existência daquelas regras positivadas nos incisos XXIV e XXVI do art. 24 da Lei 8.666/93, já acima referidas, para Marcos Juruena Villela Souto a hipótese não seria sequer de *dispensabilidade* de licitação, mas de verdadeira *inexigibilidade*, por impossibilidade de competição: “em função da existência de interesses convergentes, a celebração de convênio prescinde de licitação, sendo esta inexigível, sob o fundamento do *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93”²⁴.

Entretanto, por outro lado, é necessário ter-se redobrada cautela nesta seara. A não-realização de licitação atrai, em primeiro lugar, a relevante advertência de Rafael Oliveira:

“Apesar de ser desnecessária a licitação formal da Lei 8.666/93 para a celebração de convênios, não se pode olvidar que a Administração Pública tem a obrigação de cumprir os princípios constitucionais, notadamente a impessoalidade e a moralidade. Por tal razão, caso existam várias entidades potencialmente interessadas no contrato de gestão ou no termo de parceria, deve o Poder Público estabelecer o procedimento administrativo prévio para a escolha da entidade beneficiária do convênio, sob pena de se violar a igualdade. Em abono a essa ideia, a Lei nº 9.637/98 não exige que seja realizada licitação para celebrar o contrato de gestão, mas estabelece a necessidade de observância dos princípios aplicáveis à Administração.”²⁵

²² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitação e Contratação no Terceiro Setor: Questões Atuais*. In: FREITAS, Daniela Bandeira de, VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*, *cit.*, p. 210.

²³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parceria para Divulgação do Desporto*. In: *Direito Administrativo das Parcerias*, *cit.*, p. 167.

²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parceria para Divulgação do Desporto*. In: *Direito Administrativo das Parcerias*, *cit.*, p. 169.

²⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitação e Contratação no Terceiro Setor: Questões Atuais*. In: FREITAS, Daniela Bandeira de, VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*, *cit.*, p. 211. Nesse sentido, o autor invoca o art. 23 do Decreto nº 3.100/99, com redação conferida pelo Decreto nº 7.568/11, regulamentador da Lei nº 9.790/99, bem como o art. 4º do Decreto nº 6.170/07, que exige o chamamento público (visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste) antes da celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas, exigência esta fundada nos princípios da impessoalidade e da moralidade.

E, além disso, por óbvio, a Administração deve abster-se de celebrar “contratos disfarçados”, sob a aparente forma de convênio. Quando o objeto pactuado tiver natureza contratual, evidentemente isso atrairá o procedimento licitatório, sob pena de burla aos princípios da moralidade administrativa, da economicidade e da isonomia²⁶. A advertência contida na parte final do parágrafo único do art. 2º da própria Lei 8.666/93 já destaca, por si só, que a mera “fachada” ou a mera denominação dada ao pacto celebrado não é suficiente para afastar a plenitude da aplicabilidade do procedimento licitatório²⁷.

Mais uma vez, recorre-se à primorosa lição de Marcos Juruena Villela Souto, no sentido de que não é possível, através de um convênio, “atribuir-se à entidade conveniada competências do Poder Público que, se ele executasse, exigiriam licitação ou concurso público, tais como a compra de materiais, a contratação de serviços, alienação de bens e contratação de pessoal”. Isto porque, no convênio, “a Administração busca um parceiro para com ela colaborar e não um executor (este, busca-se no contrato) de suas tarefas (que, num regime de cooperação, permanecem diretamente a cargo da Administração)”²⁸.

Portanto, é preciso que fique muito claro que a celebração de um convênio não pode ser uma burla, por vias transversas, aos princípios constitucionais da Administração Pública – especialmente ao princípio licitatório –, até porque é do emprego de recursos públicos que se está cogitando. A efetiva pactuação de um contrato sob a roupagem deturpada de um convênio seria repudiada pela própria teoria geral das obrigações, em que está consagrada a nulidade das simulações.

Conclusão

Em face do exposto neste trabalho, é possível compendiar algumas considerações finais, sob a forma de proposições objetivas, como se segue.

1) Embora frequentemente entendida e tratada como algo “bom” em si mesmo, há diversas situações nas quais a realização da licitação não será *possível* ou, pelo menos, não conduzirá a *resultados* satisfatórios do ponto de vista do próprio *interesse público*.

2) No Direito Administrativo contemporâneo, vem ganhando cada vez mais importância a figura das *parcerias*, nas suas mais variadas formas, caracterizadas pela presença da *consensualidade* e pela confiança mútua entre os parceiros.

²⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parceria para Divulgação do Desporto*. In: *Direito Administrativo das Parcerias*, cit., p. 169.

²⁷ Eis o art. 2º da Lei 8.666/93: “Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 439.

3) A parceria pode ser instrumentalizada pela via *contratual* ou pela via do acordo *não contratual*. A distinção entre as duas modalidades baseia-se no sentido em que estão orientadas as vontades pactuadas: enquanto as prestações *contratuais* são *recíprocas*, voltada cada uma delas ao atendimento dos interesses distintos dos contratantes, as prestações dos acordos *não contratuais* são *integrativas*, voltadas ao atendimento de interesses comuns. Vale dizer, nos *contratos* as vontades em jogo são *sinalagmáticas*, enquanto nos pactos de natureza *não contratual* elas são convergentes, apontando na mesma direção e mesmo sentido.

4) As várias espécies de acordos não contratuais da Administração integram o gênero que se convencionou chamar de *atos administrativos complexos*, de que se citam como exemplos o *convênio*, o *consórcio*, o *acordo de programa*, o *contrato de gestão*, o *termo de parceria das organizações da sociedade civil de interesse público* e o *acordo substitutivo*.

5) A licitação não é um fim em si mesma, mas um meio para atingir-se uma determinada finalidade pública prevista em lei ou na Constituição. O princípio licitatório é, assim, um princípio de natureza formal, que pode ser afastado, no caso concreto, diante de princípios de maior peso valorativo, como os princípios da continuidade dos serviços públicos, da segurança jurídica e do interesse público.

6) A realização da licitação poderá ser afastada quando se mostrar desnecessária ou prejudicial ao interesse público (os casos de *dispensabilidade* de licitação), ou quando ela for impossível, por inviabilidade de competição entre os interessados em contratar com a Administração (os casos de *inexigibilidade* de licitação). Estas exceções não violam o princípio licitatório, de sede constitucional, pois há fundamentos de *razoabilidade*, *lógica* e *eficiência administrativa* que fundamentam e legitimam a não-realização de licitação.

7) A efetividade do *princípio licitatório* é uma realidade mais ampla do que a *licitação* propriamente dita. Com efeito, o *princípio licitatório* deverá ser observado até mesmo naqueles pactos em que a licitação não é realizada, ou é realizada de forma *simplificada*.

8) O princípio licitatório determina, em última análise, que todo pacto em que a Administração Pública seja parte deve fundamentar-se no atendimento dos princípios constitucionais da *impressoalidade*, da *eficiência*, da *economicidade* e da *moralidade*. Haverá situações concretas em que o melhor atendimento desses princípios e do próprio interesse público ocorrerá *independentemente da realização de licitação*, ou até mesmo *necessariamente sem a realização de licitação*.

9) Na esfera tipicamente *contratual*, nas hipóteses de dispensa e *inexigibilidade* de licitação, a contratação direta também deverá cumprir o *princípio licitatório*, que estará presente ao nortear a escolha do particular por critérios de *impressoalidade* e de *eficiência* no atingimento do interesse público.

10) O art. 116 da Lei 8.666/93 determina que as normas de licitação e contratos administrativos são aplicáveis aos convênios apenas “no que couber”. Assim, considerando a distinção entre o *contrato* e o *ato administrativo complexo*, a regra da licitação seria afastada para esta última categoria de ajuste, em que os partícipes

não buscam o lucro, não havendo competição, e o valor pago pela Administração visa apenas cobrir os custos do particular.

11) Como o convênio envolve cooperação de esforços, de livre adesão, para a consecução de objetivos comuns às partes, isso singulariza o objeto pactuado e torna desnecessária (ou mesmo impossível) a licitação para a escolha do parceiro privado.

12) A questão exige, porém, grande cautela. Embora desnecessária a licitação para a celebração dos convênios, a Administração Pública tem o dever de observar os princípios constitucionais, especialmente a impessoalidade, a moralidade, a razoabilidade e a eficiência. Por isso, se houver várias entidades potencialmente interessadas na celebração do pacto, deve ser instaurado prévio procedimento administrativo para a seleção do beneficiário do convênio.

13) Ademais, a Administração não pode celebrar “contratos disfarçados” sob a aparente forma de convênio. Quando o objeto pactuado tiver evidente natureza contratual, isso atrairá o procedimento licitatório, sob pena de burla aos princípios da moralidade administrativa, da economicidade e da isonomia. Nesse sentido é a advertência contida no art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, destacando que a mera denominação dada ao pacto celebrado não é suficiente para afastar a aplicabilidade do procedimento licitatório.

14) O convênio não pode atribuir à entidade conveniada competências do Poder Público que, se fossem por ele executadas, exigiriam licitação ou concurso público, pois, nos atos administrativos complexos, a Administração busca um parceiro para com ela colaborar e não um executor de suas tarefas. Caso fique caracterizado que a celebração do convênio foi uma burla aos princípios constitucionais da Administração Pública, o ato estará eivado de nulidade, eis que, em suma, é de simulação que se tratará.

Referências Bibliográficas

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa: Gestão Pública e Parcerias*. In: *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Das Normas de Transição nas Concessões de Serviços Públicos de Transportes Coletivos Urbanos (um Estudo de Caso)*. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. IX (Direito das Concessões). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Governança Pública e Parcerias do Estado: Novas Fronteiras do Direito Administrativo*. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição Especial em Homenagem à Memória do Procurador Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: PGE-RJ, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitação e Contratação no Terceiro Setor: Questões Atuais*. In: FREITAS, Daniela Bandeira de, VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Modulações no Direito Administrativo*. In: FREITAS, Daniela Bandeira de, VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Licitações e Controle de Eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”*. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição Especial em Homenagem à Memória do Procurador Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: PGE-RJ, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Um Novo Direito para a Gestão Pública?* In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição Especial em Homenagem à Memória do Procurador Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: PGE-RJ, 2012.